POR EL CANONIGO DON ALONSO DE NOGVERA, COMO CVRADOR AD LITEM DE DOÑA EVGENIA DE CERuera su sobrina.

EN EL PLEITO

CON

Los acreedores de Bartolome de Cervera, padre de la dicha doña Eugenia.

EN todos los pleitos conuiene assentar el hecho, y en este cõ mayor estension, por no auerse a la vista referido por menor las circunstancias que hazen llana la justicia de doña Eugenia Cerbera, para que se enmiende la sentẽcia de vist ta, y se mande preferir en la paga de dote, y arras de su madre a don Melchior de Almansa, que por la dicha sentencia està mã dado pagar primero y antes que la dicha doña Eugenia.

1 Parece, que en veinte y vno de Diziembre de 1625. Bartolome Cervera, hijo ligitimo de Lucas Cervera, compró de don Luys de Castañeda Ponce de Leon el heredamiento, que llaman del Gordillo con todo lo que le pertenece en precio de 8U200. ducados, los seys mil quedaron impuestos a tributo, y los 2U200. los pagò luego de contado en presencia del Escriuano, que dio fee de la paga Real, y efectiua.

2 Y por Abril de 1626. el dicho Bartolome de Ceruera contrajo matrimonio con doña Mariana de Noguera, y recibio con ella en dote seys mil ducados de plata doble de contado, en presencia del Escriuano que dio fee de la paga: y le prometio dos mil ducados de arras. Y algunos años despues murio la dicha doña Mariana de Noguera, dejando por su hija vnica y heredera vniuersal a la dicha doña Eugenia de Ceruera, que oy litiga.

3 Por fin de Mayo del dicho año de 1626. se casó el dicho Lucas Ceruera de segundo matrimonio con doña Fabiana Mesia, y no parece que por entonces recibiese dote alguno con la dicha doña Fabiana; aunque ay en el pleito presentada vna escritura, su fecha en primero de Iunio de seiscientos y veinte y nueue, en la qual confiessa ha recebido doze mil ducados de plata doble, por dote de la dicha doña Fabiana, y se obliga a la paga y restitucion.

4 Y parece que la dicha doña Fabiana era deudora a el dicho don Melchior de Almansa de mil ducados, y sus corridos, para la fundacion de cierta Capellania, por escritura que en su fauor otorgó por el año de 1625. Y por Nouiembre de el año de 1633. el dicho don Melchior pidio execucion contra los bienes de la dicha doña Fabiana por los dichos mil ducados, y sus corridos, y por ser ya muerta, fue sustanciando la causa con sus herederos, y antes de sentenciarla de remate mouio vn articulo, pretendiendo, que la execucion se auia de trauar en el dicho heredamiento, por dezir, que era proprio del dicho Lucas de Ceruera, el qual era deudor de la dote a la dicha doña Fabiana, y que podia cobrar de los bienes de Lucas de Ceruera, como de deudor de su deudora. Y el dicho Bartolome de Ceruera salio como tercero contradiziendo esta pretension, afirmandose en que el dicho heredamiento era suyo, y no de Lucas Ceruera su padre: con lo qual se disputó entre los dos largamente la question de el dominio de el dicho heredamiento, haziendo cada vno sus alegaciones, y presentando para su comprobacion instrumentos, y testigos: y huuo sentencia del Ordinario, que declaró el heredamiento del Gordillo ser bienes de Bartolome de Ceruera: de que se apeló por don Melchior de Almansa. Y concluso el pleito huuo sentencia en vista del tenor siguiente.

Fallamos, que deuemos de declarar, y declaramos ser bienes de Lucas Ceruera el heredamiento y donadio, que llaman del Gordillo. Y juzgando assi lo pronunciamos &c.

5 De la qual sentencia Bartolome Cerbera interpuso suplicacion, y salio sentencia en reuista del tenor siguiente.

Fallamos, que la sentencia difinitiua por algunos de nos los Oydores del Audiencia del Rey nuestro Señor en este processo dada y pronunciada, de que por parte del dicho Bartolome Ceruera fue para ante nos suplicado, fue y es justa, y derechamente dada y pronunciada, y que la deuemos confirmar, y confirmamos en grado de reuista: con que lo suso dicho sea, y se entienda por mil ducados, y los corridos, que se deuen, y deuieren, para que el dicho don Melchior los tenga en el heredamiento de el Gordillo por razon de las mejoras, que en el hizo Lucas de Ceruera, a cuya paga ha de estar obligado el dicho heredamiento por via de hipoteca. Y ansi lo pronunciamos, &c.

6 Despues de esta executoria se formó concurso de acreedores a los bienes de Bartolome de Ceruera; y se puso administrador en el dicho heredamiento, porque no tenia, ni se le hallaron otros bienes: y concurrieron el dicho don Melchior con su executoria, y doña Eugenia Ceruera con la carta de dote de su madre, pretendiendo cada vno dellos ser preferido a el otro; boluiẽdo a refricar la mesma question de dominio de el dicho heredamiento, porque don Melchior insiste, que fue proprio de Lucas Ceruera, contra cuyos bienes el

tiene

tiene derecho, y la dicha doña Eugenia no lo tiene, la qual insiste, q̃ el heredamiento no fue de Lucas Ceruera, sino de Bartolome Ceruera deudor de la dote, que repite, contra cuyos bienes no tiene derecho alguno don Melchior, por no estarle obligado por si, ni como deudor de su deudor. Y en vista se mandò pagar a el dicho don Melchior primero, y antes que a la dicha doña Eugenia la dote de su madre, por cuya parte se suplicó, insistiendo en que deue ser pagada con prelacion a el dicho don Melchior, reuocando en quanto a esto la sentencia de vista, y està visto para determinar en reuista: y para que se haga como pide doña Eugenia sequentia maximè astringunt fundamenta.

7 LO primero que pondera doña Eugenia por fundamento de su intencion, es, que la escritura de venta, y compra de el dicho heredamiento, se hizo y otorgò en fauor de Bartolome Ceruera, y a el fue a quien el vendedor dio y entregò la possession de el dicho heredamiento, y el que siempre posseyó, vt ex infra dicendis liquido apparebit, ac per consequens a el, y no a su padre es fuerça confessar, que se adquirio el dominio, cum in eius fauorem, & venditio præcesserit, & traditio secuta sit: *l. nunquam nuda 31. ff. de adq. rerum dominio, l. traditionibus 20. C. de pactis*: Ant. Fab. *de tit. 34. diffinitione 10. in notis, num. 5.* consonat *l. 1. l. quamuis. l. qui aliena C. si quis alteri, vel sibi.* Pues mal pudo adquirirse a el padre que no fue comprador, ni nõbrado en el instrumento, por el qual està la presuncion, de que lo q̃ contiene es la verdad de el hecho, sin que necessite de otra probança, *l. cum precibus C. de probat.* Y se deue entender ser dueño de el fundo el que lo comprò, y quien de la compra tiene los instrumentos. Opprime Gothofredus, *in dict. l. quamuis*, ibi: *Proinde cùm duæ res hic pro pupilli matre faciant, puta, quòd fundus eius nomine emptus reperitur, & emptionis titulos penes se habeat, filius non præsumitur rei dominus, nisi simulationem contractus probauerit.*

8 Viendose conuencido don Melchior, ocurre a la excepcion de simulacion, que es el asilo de semejantes aprietos, e insiste en que el auer otorgado la escritura de venta de el dicho heredamiento, y los demas de que se vale doña Eugenia, en cabeça de Bartolome Ceruera, fue por encubrir, que Lucas Ceruera compraua el dicho heredamiento simulando en el instrumento vna persona por otra, a fin y efecto de librar de sus acreedores el dicho heredamiento, y pondera que lo tiene probado, ansi con testigos, como por presunciones, y conjeturas.

9 Mas obstale para que se le deniegue el ingresso de esta pretensiõ, lo primero, que està probado con mucho numero de testigos, que Bartolome de Ceruera fue el verdadero comprador, y con el se hizo y efectuò la venta, y fue el que pagó el precio, y posseyò desde luego el dicho heredamiento, beneficiandolo y mejorando, y con el se correspondia el vendedor dueño del tributo, con cuyo cargo lo compró, y de ello ay presentados en el pleito muchos villetes, y cartas missiuas, y muchas cartas de pago en fauor de Bartolome Ceruera, y otros muchos instrumentos de diferentes suertes de tierras, y oliuares, que despues fue comprando el dicho Bartolome de Ceruera, y agregando a el dicho heredamiento, y todos los reconocimien-

mientos de tributos que pagauan diferentes personas de tierras, q̃ auian tomado del dicho heredamiento estàn hechos, y otorgados en fauor de el dicho Bartolome de Ceruera, sin que en ninguno dellos se haga mencion de Lucas Ceruera su padre. Y para que se vea, que nos ajustamos con los autos, se pone aqui a la letra lo que deponen los testigos.

10 El Licenciado Bartolome de Campos, Beneficiado de la veintena de la santa Iglesia, dixo: *Que desde el año de 1625. que ha que comprò el dicho Bartolome Ceruera el dicho heredamiento, se lo ha visto tener, y posseer por suyo proprio, y le ha visto pagar los tributos a los dueños de ellos; y vido, que de dinero suyo proprio pagò el dicho heredamiento, sin que en el lo tuuiesse ni derecho Lucas Ceruera su padre.*

11 Vicente Fortea mercader vezino de esta ciudad, dixo: *Que el dicho Bartolome de Cerbera comprò el dicho heredamiento: y como suyo proprio se lo ha visto tener y posseer y pagar a los hombres trabajadores y los tributos a los señorios: y que quando lo comprò le vio dar la possession; y que lo pagò de dinero suyo, sin que tuuiesse parte en esto el dicho Lucas Cerbera.*

12 Iosephe de Cardona, dixo: *Que desde el tiempo que el dicho Bartolome de Cerbera comprò el dicho heredamiento, se lo ha visto posseer, beneficiandolo, y pagando a los tributos y a los trabajadores y vio que de dinero suyo pagò el dicho heredamiento, sin que en ello tuuiesse parte el dicho Lucas Ceruera.*

13 Don Luys de Monsalue, dixo: *Que vio como ha pagado el dicho Bartolome Ceruera a los tributos impuestos en la dicha heredad por ser suya propria, sin que en ella tuuiesse parte el dicho Lucas Ceruera.*

14 Antonio Portalance, dixo: *Que desde que el dicho Bartolome de Ceruera comprò el dicho heredamiento, se lo vio tener, y posseer, y pagar los tributos.*

15 Fray Ioseh Sauater, Presentado de la Religion del señor santo Domingo, dixo: *Que sabe, que Bartolome de Ceruera comprò el heredamiento del Gordillo porque le vido tratar de la dicha venta, y fue con el suso dicho para comprarla, y la comprò respeto de que tenia vn cortijo arrendado junto a el dicho heredamiento: y por esta causa se aficionò de el, y lo comprò, y como dueño de el lo beneficiaua, y pagaua a los peones, y capataz, de sus proprios dineros y labrò casa, y lagar, y disponia de los frutos, sin que Lucas Ceruera su padre se lo contradixesse.*

16 El Padre Fray Iuan Galindo Predicador en el Colegio de Regina Angelorum, dixo: *Que sabe, que el dicho heredamiento era, y fue del dicho Bartolome Ceruera, el qual lo beneficiaua, y cogia los frutos como de cosa suya propria, y pagaua los corridos del tributo, con cuyo cargo lo comprò, sin que Lucas Ceruera su padre se lo impidiesse.*

17 Christoual de Castro, mercader en la alcaiceria, dixo: *Que Bartolome de Ceruera comprò el dicho heredamiento, el qual lo posseyò y beneficiò y dispuso de los frutos como cosa suya propria*

18 Antonio de Ochoa, dixo: *Que sabe, que el dicho heredamiento lo comprò Bartolome Ceruera, y lo gozò y beneficiò, disponiendo de los frutos, sin que el dicho Lucas Ceruera se lo impidiesse.*

Y todos estos testigos dan suficientes razones de sus dichos, de trato y comunicacion, y de assistencia en las casas de los dichos Ceruera.

19 Y la probança que contra esta pretendio hazer el dicho don Melchior

chior solamente fue ratificar los testigos de que se valio en el pleito, que siguio contra el dicho Bartolome Ceruera, los quales entonces fueron tachados, porque los dos, que fueron Sebastian Rodriguez, y su muger se tacharon, porque el dicho don Melchior tenia querellado de el dicho Sebastian Rodriguez, y sacado mandamiento de prision, por auerle escalado su casa, fuera de auer cometido vn omicidio alevosamente, y tenia, y tiene otras cosas, por las quales no se duda, ni puede el ser delinquente facineroso: ac perconsequens, no pudo ser admitido por testigo, ni admitido haze fee, *l. 3. §. lege Iulia, ff. de testibus, cap. super eo, el prim. cap. testimonium de testibus.* Et quæ glomerat Farin. *de oppos. contra test. q. 56. ex num. 126.* Mascar. *de prob. lib. 3. cons. 1356. num 43. & 48.* optimè tex. *in l. testimonium 20. ff. de testibus, cap. fin. extra eod.* Farin. *d. q. 56. ex num. 167.* Y tambien les obsta auer negado tocarles las preguntas generales, auiendose probado, que son criados de don Melchior, y que le seruian a el tiempo que dixeron sus dichos, y ocho años antes: y q̃ dissimulada ya aquella culpa, les fauorece, y ampara en las demas, porque la justicia les sigue: ergo fides eius adhibenda non est: Bald. *in l. si ex falsis. num. 15. C. de trans.* Farin. *q. 67. num. 126.* Y don Geronimo de Albadan por preso y deudor del dicho don Melchior, y porque en esto se reputa por su criado, no deue ser creido, *l. 10. tit. 16. p. 3.* multa Farin. *q. 60. n. 321.* Y fuera de estos tres testigos, solo tiene Iuan Luys vezino de Camas, y a Christoual Fernandez, que dizen de oidas, y a Christoual de Miranda, que no dize otra cosa mas de lo que contiene el testimonio de el pleito Eclesiastico.

20 Y quan inferior probança sea esta, ya se sabe, pues los testigos, de que se vale doña Eugenia son mas en numero, y diferentes en calidad, y libres de toda excepcion y tacha, pues no se les ha puesto alguna por don Melchior; siendo ansi que en los terminos deste pleito se requiere muy clara, y concluyente probança, secundum Baldum in cons. 67. num. 1. lib. 5. ibi: *Quòd si maritus ex sua pecunia propria emat rem nomine vxoris, & per traditionem ipsius nomine recipiat, dominium quæritur vxori, nisi apertißimè probaret, quòd nomen vxoris aparenter, & falso fuit appositum in instrumento, quod non præsumitur.* Donde notò verba illa: *apertißimè probaret,* quæ important vna probança plena en superlatiuo grado, y no como quiera: ex quo aiebat Tuscus multis relatis litera S. inclusiuè 259. num. 15. *Quod hoc casu qui allegallat simulationem perfectè, & dilucidis probationibus non per imaginarias, & conjecturales eam monstrare debet.*

21 Lo segundo, que no prueba la causa que dize huuo para la dicha simulacion, siendo ansi, que sin ella no la puede auer, ni alegarse, de quo Bartol. *cons. 65. lib. 1.* & debet legitimè in actis probari ex Craneta *cons. 491. num. 4. & cons. 786. num. 16.* Parisius *cons. 54. num. 7. vol. 1.* Bursato *cons. 65. num. 4. vol. 1.* siue agendo, siue excipiendo de simulatione, & eius causa opponatur, *l. 1. ff. de edendo, l. Pomponius ff. de rei vendi. l. cum ff. de neg. gest. cap. in præsentia de probat.* Bartol. *d. cons. 65. n. 4.* Mascard. *conclus. 1400. num 9.* Menoch. *de arbitrar. casu 39. num. 25. cent. 2. lib. 2.* Lo qual es tan llano, y assentado apud omnes interpretes, que aunque concurran presunciones de la simulacion, no bastã, nisi etiam causa simulationis allegata probetur: ita Paulus de Castr.

cons.

*conf.261.lib.2.*Zepola *de simulat.contract.& num.77.& 89.*Rota *post con-silia Farinatij decis.78.num.4. & decis. 128.num.1. & decis.140. num.2.* Mascardus, Thuscus, Mantica relati, & secuti per Farin.*d.q.12.num.* 136. Porque lo que alega y dize huuo para la dicha simulacion solamente es el auer querido el dicho Lucas Ceruera defraudar a sus acreedores, y que no pudiessen tener recurso contra el dicho heredamiento, hallandolo puesto en cabeça de Bartolome de Ceruera su hijo; y la inuerosimilitud que esto tiene se comprueba bien, con q̃ a el tiempo de la compra de el dicho heredamiento, no tenia acreedores el dicho Lucas Ceruera, ni se auia casado con la dicha doña Fabiana, y tenia muy buena hazienda, como alega el dicho don Melchior; y no es de creer, que auia de andar tan preuenido en fraude de los futuros acreedores por 2U200. ducados, que se pagaron de contado por el precio del dicho heredamiento, porque los 6U. ducados, cumplimiento a 8U200. ducados, quedaron impuestos a tributo: fuera de que en todas las escrituras de debitos, que despues causó, le obligò con el junta mente el dicho Bartolome de Ceruera su hijo; con que se reconoce, que no pudo ser el intento defraudar a los acreedores: & data inuerosimilitudine causæ, requiruntur ad probandam simulationem præsumptiones efficaciores, & vrgentiores, *cap quia veris, de præsump.* imò ex hoc non potest dici constare, quod subesset aliqua causa simulationis, ex Alexand.*cons.28. num.12 vers.præterea, vol.5.*

22 Lo tercero y vltimo le obsta, que la simulacion perfecté probanda est, non veró præsumptionibus, & coniecturis, præsertim quando aduersus instrumentum objicitur; porque el instrumento tiene por si tres presunciones á lege approbatas, videlicet; quod si verum quod sit solemne, & quod de voluntate partium factum fuerit; *l.cũ precibus, C.de probat.l.optimum, C de contrah & com.stip.* ex quo dicebat Bald.*in l.3.plus valere,* quod, *qualis est contractus in prima sui figura, talis præsumitur in sua essentia.* Y pues tenemos probança cierta por instrumento, no es justo se haga caso de las dudosas, e inciertas, *l.fin. C.de edicto diui Adrian. tol.* apprimè *Bald. cons.21 lib.4,* ibi: *In contrarium videtur nam certum est per instrumentum de venditione, ex instrumento enim tres oriuntur præsumptiones lege approbate: quia præsumitur verum, & solẽne, & de voluntate partium factum, C.de probat.l.cum precibus C de contrahẽda, & commi.stipula.l.optimam standum est ergo instrumento, nisi contrariũ dilucidè probetur per plures contestes, vt notatur inst. de inutili stip. §. item verborum de fide instrumentum, cap.cum Ioannes, nec sufficiunt probationes coniecturales facit, quod notatu. ff. de pactis, l.iuris gentium, § quod ferè, C. de non numerata pecun. l.generaliter, quia certæ probationes prævalẽt probationibus dubijs & incertis.* Sequuntur Paulus de Castro *cons.261. lib.2. & cons.338. lib.1.* Grammat.*decis.76.num.24.* Roland.*cons.42. num.28. lib.4.* Imol.*cons.66. num.7.* Tuscus *verbo Simulatio, concl.259. num.15.* Rota per Farinatium *decis.228.num.1.*

23 Cõ que justamente pudiera escusar el satisfacer a las conjeturas, que de la dicha simulacion se acumulan por don Melchior: mas por que no parezca, que en ello se siente dificultad, responderè con la breuedad posible.

24 La primera presuncion funda en que Bartolome de Ceruera quã-

do

do comprò el dicho heredamiento, era hijo de familias, y no tenia bienes, ni hazienda con que lo poder comprar, y pagar.

25 Verùm excluditur facillimo negotio. Porque no solamente no probò don Melchior, que Bartolome de Ceruera no tuuiesse bienes, ni hazienda quando compró el dicho heredamiento, pero ni aũ lo articulò en sus interrogatorios: con que venimos a parar en la question, de si lo adquirido por el hijo de familias se presume adquisitum ex pecunia patris, vel ex pecunia filij, vel aliunde quæsita, y la comun resolucion es, que quando el padre es hombre rico, y el hijo pobre, y no industrioso, se presume, que adquirio con dineros de el padre. Pero quando el hijo es hombre de caudal, e industrioso, que tiene sus tratos, y grangerias, y correspondencias cõ otros mercaderes, se presume adquirido de su proprio dinero, procedido de su industria, y grangeria. Quam distinctionem primus tradidit Acursius *in* §. 1. *institu. per quas personas ius nob. & in l. cum oportet, C. de bonis quæ liberis.* Et sequuntur ibidem Bartolus, Bald. Angel. Paulus, Salicetus, & alij communiter, Bald. *in l. 2. C. de patria potest.* Alexan. *cons.* 31. *vol.* 4. Nata *cons.* 358. *num.* 8. Roland. *cons.* 90. *num.* 12. *vol.* 12. resolucion en todo fauorable a doña Eugenia de Ceruera: porque està probado plenissimamente con testigos, e instrumentos, que Bartolome Ceruera antes que comprase el dicho heredamiento, trataua, y grangeaua, teniendo correspondencias en las Indias, y con muchos mercaderes de la ciudad de Valencia; y ay escrituras presentadas, que se otorgaron por el año de veinte y quatro en fauor del dicho Bartolome de Ceruera, y muchas certificaciones de derechos, que en aquel año, y otros antecedentes auia pagado de mercaderias, despachadas en el aduana desta Ciudad. Por lo qual es preciso que se presuma, que los dos mil y docientos ducados, que pagò de contado por el dicho heredamiento, fuesen bienes suyos proprios, y no haziẽda de su padre.

26 Y aunque se deuiera presumir, que el dinero con que se pagó era del padre, adhuc no se infiriera bien de esso que huuo simulacion en la escritura de venta, suponiendo, que el hijo compraua siendo el padre el verdadero comprador, porque son cosas muy compatibles entre si, ser el dinero del padre, y el hijo ser el comprador, como lo vemos in specie, text. *in l. 1. C. si quis alteri vel sibi.* En el qual sin enbargo de que se supone que el dinero era de el padre, todavia porque el instrumento estaua a nombre de la madre resuelue el Emperador que a la madre, cui tradita fuere mancipia se adquirio el dominio, consonat textus. *In l. 3. C. eod. tit. l, & si C. de donat inter vi. & si* (inquit Imp.) *de tua pecunia mancipia vxori tuæ comparata sunt: tamen si ei tradita sunt, eorum dominium non ad te, sed ad eam pertinet. pecuniæ autem tantummodo repititionem habes; siue negotium eius gerens numerationem fecisti; siue in eam donationem conferens quantitatem prætij largitus es.* Y a el marido incumbe la carga de prouar (si lo alegare) quod nomen vxoris apparenter & falso fuit appositum in instrumento, vt bene prænotauit Bald. d. cons. 67. ibi: *Nisi apertissime probaret, quod nomen vxoris apparenter & falso fuit appositum in instrumento, quod non presumitur,* & probatur apertè per textum aureum & rotundum in. l. si filij tui. C. de do-

nat. inter vi. *Si filij tui* (Inquit Imperator) *Emancipati matris hæreditatem sibi adquisierunt: proba apud præsidem prouinciæ non donandi anima te nomine vxoris iuæ prædia comparasse sed nominis dumtaxat eius titulo vsũ perpossesionem rerum a vẽditoribus tibi traditarum dominum esse effectum.* Y dà la razon con su acostumbrada elegancia Ant. Fab. *In. C tit.* 34. *lib.* 4. *diffini.* 7. Dunc sic ait: *Neque verò si constaret emptam ex pecunia mariti, tamen sufficeret, vt mariti rem esse probaretur. Cum enim de rei dominio disputatur, non ex cuius pecunia sed cui res empta, & tradita sit, inspiciendum est.*

27 La segunda presumpcion funda el dicho don Melchor en que Lucas Cerbera hizo muchos gastos, y mejoramientos en el dicho heredamiento que no hiziera sino fuera suyo, y la venta huviese sido para el. Sed nihil minus persuade la dicha simulaciõ, porque aunque lo articulò, no lo probo, como se darà mejor a entender a delante, y aun que lo probase (que no se confiessa) no fuera bastante para conjectura de simulacion, por auer probado doña Eugenia con muchos testigos, que Bartolome Cerbera su padre hizo muchos gastos en el dicho heredamiento, porque labrò la casa, bodega, y lagar, y comprò quarenta arançadas de viña, y puso mas de dos mil estacas de oliuo, con que se escluye qualquier presumpcion que pudiera resultar de auer el dicho Lucas Cerbera hecho algunos gastos y mejoramiẽtos como biẽ aduirtio el Doctissimo Ant. Fab. *in. C. difine.* 13. *tit.* 14. *lib.* 4 hablando en terminos de cõfidencia de beneficios, dum sic ait: *Non bene probatur confidentia ex eo solo, quod appareret resignantem multa in beneficio post resignationem fecisse, quasi beneficium adhuc posideret, cum ex aduerso probaretur multa quoque & plura fecisse resignatarium iure legitimi possessoris.* Y en la difinicion doze de el mismo titulo equiparo la confidencia en lo beneficial a la simulacion en lo profano: *Quoniam (inquit) quæ in rebus profanis dicitur simulatio, hanc in beneficialibus confidentiam appellamus.*

28 La tercera conjectura, o presumpcion que pondera el dicho don Melchor es la que dize resulta de la conjuncion de la sangre que auia entre los dichos Lucas, y Baltolome Cerbera, por ser padre, y hijo. Verùm excluditur con que aunque es ansi que muchos fueron de opinion que la conjuncion de la sangre es presumpcion de simulaciõ vt videre est apud Farin. *Quæst.* 164. *num.* 136. Otros muchos non contemnẽdę auctoritatis, tuvieron la contraria, refierelos el mismo Farin. *vbi proximè num.* 137. Y lo mas comun, y recibido es que si a el tiempo que se hizo el acto que se pretẽde auer sido simulado existebat la causa que se alega, huvo para la simulacion, contractus post illius causæ existentiam præsumatur simulatus, quod si nulla præcessit causa coniunctio sanguinis nihil operetur, y con esta queda despues de auer referido a muchos, Farinacius *d q.* 164. *num.* 138. & vltra ab eo relatos, inuenio huius quoque sententiæ fuisse, Parisi *cons.* 14. *num.* 41. *vol.* 1. Casan *In consuetudin. Burgunt. rub.* 4. §. 3. *sub numer.* 2. Beroiũ *cons.* 63, *vol.* 1. Menoch. *cons.* 104. *num* 59. & *cons.* 430. *num.* 3. & 8. Guacinum *de confiscat. concl* 29. *num.* 24. Surdus *cons.* 382. *numer.* 61. Carrotium *de excusione bonorum, q.* 13. *de la q.* 10. *principal, num.* 20. Maseratensem, *lib.* 3. *resolutione* 40. *num.* 3. & 10. Alex. Gambarum post *d. cons.* 40. Farin *num.* 29. ibidem Bertazolum *nu.* 86. Stephanũ Gratia.

discep.

discep. 255 *num.* 8. Y que en nuestro caso no huuiesse la dicha causa, ni otra semejante antes, o a el tiempo de el otorgamiento de la dicha escritura, satis apertè constat ex his, quæ supra diximus de causa simulationis agentes.

29 Vlterius, si por comprar el hijo de el estraño, se deuiera presumir que el padre es el que compra, y no el hijo, fuera quitar el comercio a aquellos, cuyos padres viuen: pues temiendo esta presuncion, nadie quiera contratar con ellos: *arg. l, quod si minor* 24. §, *non semper, ff. de minor.* quia ignorari potest, quid acturi sunt, *l. si mulier* 11 *ff. ad Senaconsul. Vellei.* notat Menoch. *de præsump. lib.* 3 *præsump.* 124. *num.* 26 Noguerol. *alleg.* 20. *num.* 170. Siendo assi, que casi todos los contratos es permitido hazerlos con los hijos de familias, y ellos quedan obligados, *l. filiusfamilias ff. de actionibus, & obligationibus*, cum vulgatis.

30 La quarta conjetura quiere deducir el dicho don Melchior de auer Lucas Ceruera ofrecido por peticion, que presentò ante el juez Eclesiastico, el imponer a tributo sobre el dicho heredamiento los mil ducados porque està graduado en este pleito. Porque pondera mucho, que si el heredamiento no fuera de Lucas Ceruera, no hiziera el dicho ofrecimiento. Sed nihil minus vrget: porque el dicho ofrecimiento no puede causar perjuizio a Bartolome Ceruera, ni a sus acreedores; tum quia no se le puede dar nombre de confession, sino de palabras assertiuas, cum absque interrogatione à se ipso id asseruerit: ex quo minus debent nocere tertio, *l. quidam. ff. de probat. l. optimam, C. de contrah. stipulat.* Socin. Iunior *cons*, 214, *lib*, 2. Decius *cons.* 42, *in* 4, *dubio.* Craueta *de antiq. temp. p.* 1, tum quia confessio vnius alteri non habenti causam à confitenti præiudicio esse non valet, *l. Seia ff. ad Senat. Velleia. l. qui autem*, § *simili modo. ff. de his, quæ in fraud. credit. l, Deo nobis. C, de Episc. & Cleric. l, assiduis, C, qui potiores, l, si quis potest, C, de bonis proscriptorum, authent. quod obtinet, C, de probat.* Menochius plura cumulans *cons.* 39. *lib.* 1. *num*, 27, factum enim vnius tertio nocere non valet, *l. si quis in suo*, §, *legis, C, de inoffic, test. l. non debet, de reg. iuris, cap. non debet tot. titulo, in* 6. Etiam si fiat confessio in instrumento, vt in terminis respondendo huic coniecturæ in suo casu dixit Alexand. Gamb. post. d. cons. 40, Farin. *num.* 45, ibi: *Nona coniectura resoluitur, quia in quantum in instrumento permutationis, de quo agitur fateri videtur bona permutata esse sua ex supra deductis liquido satis ostensum fuit talem confessionem tertio præiuditio non esse, confessioni enim tum datur fides cum soli confitenti nocet aliàs secùs.* Y el auer hecho el dicho ofrecimiento seria por juzgar, que su hijo vendria en ello, dandole lugar a que por esse medio se librase de las vejaciones y molestias que en aquel tiempo le hazia el dicho don Melchior, apretandole por todos medios, como lo refirio el dicho Lucas Ceruera en la reclamacion que hizo antes de hazer el dicho ofrecimiento; protestando, que el allanarse a la imposicion del dicho tributo era contra su voluntad, y oprimido de las molestias, y vejaciones que le hazia e intentaua hazer el dicho don Melchior. Y como quiera que fuesse nunca pudiera causar perjuizio a el dicho Bartolome Ceruera, ni a sus acreedores, a quien entonces estaua obligado, aun en caso que

expressamente lo huuiesse consentido, o dissimulado, que su padre cargase el dicho tributo sobre el heredamiento, pues muchos años antes estaua afecto a la hipoteca dotal, cuyo derecho oy representa la dicha doña Eugenia.

31 Ex quibus quedan bastantemente resueltas todas las conjeturas, quas aduersarij aduocatus mendicauit, para esfuerço de su pretension, y verificacion de la dicha simulacion: siendo assi que aun en caso que concedieramos, que la simulacion se prueba por indicios y conjeturas, deuieran ser manifiestas, y muy prouables, como bien aduirtio el doctissimo Ant. Fabr. *in C. lib. 4 tit. 14 diffin. 51*, ibi: *Sed ea inditia oportet esse manifesta, non obscura, probabilissima & proxima, non aut improbabilia, aut remota rectè, & plenè probata, non per præsumptiones, vt conuellatur fides contractus, & instrumenti, cuius probatio dicitur esse probata, alioqui fortior præsumptio est pro instrumento, adeò vt nec facile, & sine magnis contra instrumentum suspitionibus adigendus sit is, qui instrumento nititur, &c.* Nouissimè Noguerol. *alleg.* 20. *num.* 159. & apertius *num*, 156. vbi quòd testes de simulatione deponentes debent esse maiores omni exceptione, & comprobat iuribus, & autoritate Doctorum.

32 Mas quando se confessara, que Lucas Ceruera fue el verdadero comprador, y que con su dinero proprio pagô el dicho heredamiento, todauia es innegable, que el dominio se adquirio a Bartolome Ceruera su hijo, a cuyo nombre està la escritura de venta: textus expressus *in l. filiæ, C. familiæ herciscundæ*: quia *nihil prohibet altero pecuniam numerante in alium, vel vtriusque contrahentium consensu, vel certè venditore tantummodo volente dominium transferri*: verba sunt Diocletiani *in l. fin. C. si quis alteri*. Y hablando de el marido que comprò nomine vxoris, docet Imperator *in l. si filij tui, C. de donationibus inter*. Y mejor texto, y mas a nuestro proposito es la *l. 2. C. si quis alteri, vel sibi*: vbi Alexander Imperator in hæc verba rescripsit: *Si emancipatis vobis fundos, quos nomine vestro cum in potestate ageretis, pater emerat, tradidit, vel in possessione eorum voluntate patris fuistis dominium adquisistis*. Y la razon es, por presumirse que el padre que compra nomine filij, y paga el precio ex propria pecunia, facit animo donandi filio: argumento textus *in dict. l. si filij tui*: in cuius specie a el marido que comprò nomine vxoris, dize el Emperador, que le incumbe la obligacion de probar, que no lo hizo animo donandi vxori: ergo in dubio præsumitur animus donandi: y assi lo enseñan por llano Bartol. *in l. 1. §. nec castrense, num. 2, de collat. bonorum, & in l. si filij, in fine, C. de donat. inter viu.* apertius Decius *in l. si donatione, num. 37. C. de collat. bonor.* Y no se entienda donada la cosa comprada, sino el dinero con que se pagó: como con la comun resuelue Barbosa *in l. quæ dotis 34. ff. solut. matrim. num.* 35. cuius verba, quia rationem assignat subijciam: *Sed circa hunc casum* (inquit) *est aduertendum, quod donatio hoc casu non consistit in rebus emptis nomine filij, & ei traditis nam hæ res cum sint alienæ, & nunquam fuerint effectæ patris non potest in illis donatio considerari, in prædicto igitur casu donatio consistit in pretio, quod pater soluit pro filio, nam emendo pro filio, & patiendo ei traddi, videtur ei pretium donasse, & ita expressè Paulus in l. 1. num. 2. in fin, C. si quis alteri, vel sibi, & est de mente Bartoli hic, nu. 12, & aliorum communiter.*

Y aunque

33 Y aunque de los textos, y doctrinas referidas se colige, ser necessario, que a el hijo, y no a el padre se haga el entrego de la cosa comprada, para que se le adquiera el dominio, y no a el padre: este requisito de entrego se verificò en nuestro caso, porque realmente, y con efecto tomó possessiõ el dicho Bartolome Ceruera del heredamiẽto por ante escriuano publico, que dello diò fee, de que està presentado testimonio en el pleito, y bastarà la clausula de constituto, puesta en la escritura, que se otorgò de la dicha venta en fauor del dicho Bartolome Ceruera: como lo enseñó Ant. Fabr. en proprios terminos *in C. lib. 4. tit. 34. diffinitione 9 in notis, num. 3*, arg. text. *in l. quod meo, ff. de adquir. possessione.* Fuera de que siempre Bartolome Ceruera posseyò el dicho heredamiento desde que lo comprò, percibiendo los frutos, que es el acto mas proprio de la possession; en tanto grado, que dixo Bartol. quòd inter actus possessorios primum locum obtinet fructuum perceptio, *in l. qui vniuersas, § quod per colonum, & in l. quamuis, ff. de adquirenda possessione.* Alexand. *cons. 133, vol.* Anton. Fab. *d. lib. 4, tit. 14, diffinitione 3, in notis num.* 14. Y quando el padre passus est filium fructus percipere, & ad libitum disponere, dixo Saliceto, que esto bastaua para que se presumiesse donacion de padre a el hijo, *in d. l. filia, cuius, C. familiæ, & in d. l. si donatione*: Et ibidem Decius, *num. 39. & in l. si certis annis, num. 19, C. de pactis.* Y la razon es, quòd ex actu subsequenti demonstratur qualis fuerit præcedens animus: *§. Pabonum, instituta de rerum diuisione.*

34 Y que el dominio y señorio del dicho heredamiento se adquiriesse a Bartolome Ceruera, bien claro se juzgó en la executoria, que ganó don Melchior contra el dicho Bartolome de Ceruera (que tanto pondera en su fauor) pues en la sentencia de reuista solamente se le concedio la hipoteca a don Melchior en el heredamiento, por razon de las mejoras que en el pretendio auer hecho Lucas Ceruera: con que tacitamente fue visto juzgar, que en el heredamiento no tenia Lucas Ceruera dominio, ni mas derecho que a repetir lo gastado en el; porque de otra suerte no solo se le concediera la hipoteca en los mejoramientos, sino en todo el fundo, pues la hipoteca que representaua don Melchior lo afectaua todo: paria quippè sunt aliquid esse expressum in sententia, vel necessariò præsupponi: text. velut expressus, *in l. si inter 15. ff. de except. rei iudi.* ibi: *Quia eo ipso quòd meam esse pronuntiatum est ex diuerso pronuntiatum videtur tuam non esse.* Paulus de Castro *in l. 1, num. 1, C. quando prouocare non est necesse.* Bartol. Bald. & alij, quos refert Osascus *decis. 64 num. 3*, Rota Genuẽsis *decis. 103. num. 1.* Gratian. *discep. 445, num. 20*, nouissimè Scobar à Corro *de puritate & nobilitate p. 1, q. 13. §. 3, num. 38.* Et sufficere ex verbis resultare, quamuis expressio requisita esset pro forma: docuere Aym. *cons. 149, num. 11.* Cephalus *cons. 152, num. 6.* Tiraquel. *in l. 16. connub. gloss. 7, num. 179*, Magonius plura similia cumulans, *decis. 3 nu. 19, vsque ad 25*, Y que le quadra muy bien el nombre, y sustancia de cosa juzgada, es principio llano, *ex l. quod in diem ff. de compensat. l. 1. & 2, C. si ex falsis instru. gloss. in cap. suborta, verbo, Reprobasse, de sent. & rei iud.* & propterea dixit Cæsar de Grasis *decis. 13. de appellat. num. 9*, quod quando tacitum infertur de necessitate ab expressis sententia præiudicat: optimè el señor Valençuela Velazquez de filiatione inci-

dentec

denter deducta agens, *cons.68 num,62. & seqq.* & in fortioribus terminis Caldas Pereira *cons, 9, num, 36,* Salgado *de Regia protect.p,4, cap,7, num,87,* Et hæc ex abundanti dicta sunt; porque doña Eugenia de Ceruera pretende, que la dicha executoria no lo es para con ella, por las razones que adelante mas por extenso se dirán.

34 Reconociendo don Melchior en quan fragil fundamento estriua la pretension que ha tenido, de que el heredamiento fue bienes propios de Lucas Ceruera deudor de su deudora, tomó por segundo medio para conuencer a Bartolome de Ceruera a que le pagasse el principal y corridos de su tributo el dezir, que Lucas Ceruera su padre hizo muchos gastos, y mejoramientos en el dicho heredamiento, y que como pudiera Lucas Cerbera repetir lo que en esto gastó de los bienes de Bartolome Ceruera, y en especial de el heredamiento lo puede el hazer.

35 La mejor respuesta que se pudiera dar a esta pretension de mejoras, era, que no ay el hecho que finge, si ex parva facti mutatione totum ius mutationem recipit, vt scribunt Authores *in l. ex plagis 53. §, in clino ff, ad leg, Aquil.* En este pleito en todo muda don Melchior la forma y verdad de el sucesso, porque no tiene probado el articulo de mejoras, y solo aquel testigo tachado, y su muger dizen, que hizo seis mil ducados de mejoras Lucas Ceruera en el dicho heredamiento: pero ni dizen, que mejoramientos fuessen estos, de que calidad, que se gastó en ellos y si eran de beneficio, o de mejora: y lo que mas es, no deponen, que oy duren estos mejoramiẽtos; & quod mirandum iudico no está formado articulo de nada de esto, antes es vn articulo general, sic: *Si saben, que gastò en el dicho heredamiento el dicho Lucas Cerbera seys mil ducados.* Luego no deue obtener; pues quando los testigos merecieran fee, no prueban las dichas mejoras, porque faltan todas las partes de el articulo: y lo mas principal es, que mediante el auer gastado los dichos seys mil ducados, valga mas el heredamiẽto de lo que valia antes de gastados; porque no se tiene accion por lo gastado, sino por el mas valor que recibe la cosa mejorada: esto con calidad, que lo gastado aya sido en mas cantidad: aduertunt post Bartol. & alios Alvarus Valascus *de iure emphiteutico, q,25, num,28,* Garcia *de expensis cap,24 num,3, vers diuersitatis ratio est circa finem:* & probatur aperté per textum in *l, in fundo, ff, de rei vendicatione & l,39,40,& 41, tit, 8 p,3.* Y esto auia de comprehender el articulo de las mejoras: y concluir los testigos con otros requisitos, de quibus per Petram *de fideicommissis, q.15, num, 275,* Garcia, *d, cap, 24, num, 2:* Y es de aduertir, que preguntados los testigos de don Melchior, como saben, que Lucas Ceruera gastò dichos seys mil ducados, responden, que porque por aquel tiempo casò con doña Fabiana Mexia: y tienen por cierto, que de el dinero de su dote gastaria los dichos seys mil ducados. Ya se vee, que esta respuesta es incõgruente, y desproposítada, y tal que se conuence con los recaudos presentados, por donde consta que en el mesmo año que se casó Lucas Ceruera desembolsó mas de trezientos mil reales de seguros, y otras deudas, en que consumiria la dote, sin que pudiesse atender entonces a mejoramientos de fundo, que no era suyo

36 Replicanos don Melchior, que tiene cosa juzgada, por lo menos

en quanto a que Lucas Cerbera mejorò el dicho heredamiento en toda la cantidad necessaria para la paga de el principal, y corridos de su tributo, porque assi lo executoriò en pleito aparte contra el dicho Bartolome de Cerbera.

Verùm nilminus fauorece su pretension, porque lo litigado, y
37 juzgado con Bartolome de Cerbera no puede alegarse por cosa juzgada contra sus acreedores, que antes tenian derecho adquirido a sus bienes por los principios vulgares, quibus docemur, quod res inter alios acta alijs nocere non debet, *l. fin. ff. de iudit. l. si cui. §. ijsdem criminibus. ff. de accusat. l. modestinus ff. de except. l. 2. C. de fide instrum. toto tit C. res inter alios acta.* De cuya regla el principal exemplo es el de la cosa juzgada, porque esta regularmente no daña, ni aprouecha a el que no litigó *l. 1. & 2. C. quibus res iudi. non nocet, l. 1. ff. de excep. rei iudicatæ, l & an eadem, ff. de excep. rei iudi.* Cancer. *lib. 3. variar. cap. 17. à num.* 40. Noguerol *allegat. 15. num. 39.*

Y hablando en nuestros proprios terminos, de que lo executoria-
38 do contra el deudor no lo pueda ser contra sus acreedores hypotecarios, que no fueron citados, ni llamados a aquel pleito, y que sin embargo deben ser oidos en la misma question, aunque sea de dominio circa rem hypotheca generali, vel speciali affectam, est texto expresso Papiniani responsum, *in l. si superatus 3 ff. de pignoribus. Si superatus* (inquit) *sit debitor, qui rem suam vendicabat, quòd suam non probat, æquè seruanda erit creditori actio seruiana probanti res in bonis, eo tempore, quo pignus contrahebatur, illius fuisse, sed & si victus sit debitor vindicans hæreditatem iudex actionis Seruianæ neglecta de hæreditate dicta sententia pignoris causam inspicere debebit.* Porque en este caso el acreedor es el principal interessado: *l. sæpè 63 ff. de re iud.* ibi: *Scientibus sententia, quæ inter alios lata est, obest; cùm quis de ea re, cuius actio, vel defensio primum sibi competit sequenti agere patiatur.* Y el primer exemplo que pone el Iurisconsulto es en el acreedor, respecto de la prenda de su deuda, vt patet ibi: *Velut si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris.* Y es principio assentado, que el principal interesado debe ser citado y llamado a el pleito, para que le pare perjuizio la cosa juzgada, *l. 1. §. denuntiari*, ibi: *Qui primum locum tenent, ff. de ventre inspi.* O por lo menos, que tenga noticia de que litiga el deudor, o menos interesado, y no lo contradiga, *dict. l. sæpè*, in verbis supra relatis, *cap. penultimo de sententia, & re iudic. l. 20. tit. 22. p. 3.* Alex. *in dict. l. sæpè. num.* 85, ibi: *Circa secundum casum, S. an sententia lata contra debitorem præiudicet creditori concluditur magis communiter secundum gloss. & Doctores hic, quod præiudicat creditori patienti, & hoc etiam, si creditor adquisiuerat ius hypothecæ, ante sententiam contra debitorem latam.* Y respondiendo a la *l. si superatus*, en que nos fundamos, que indistintamente decide, que lo juzgado con el deudor super dominio rei pignori subiectæ, minimè nocet creditori, dize Alex. que procede quando del litigio no tuuo sciencia el acreedor, sequitur Couarrub. practic. q. 13. num. 7. versi. ex quibus apparet, ibi: *Non oberit text. in l. si superatus ff. de pig. quo in loco apparet sententiam latam contra debitorem super pignore non nocere creditori; quia vel locus ille est intelligendus, vbi creditor ignorauit litem tractari cum debitore super dominio pignoris, secund. gloss & communem, vel quoties sententia simpliciter lata fuerit non conuincens, nec ostendens dominium rei tempore obligationis victoris fuisse.*

39 Iam igitur ad oculum patet, quan sin fundamento pretenda don Melchior tener executoria contra doña Eugenia, y demas acreedores de Bartolome Ceruera, assi en el dominio del dicho heredamiento, como por razon de mejoramientos que en el huuiesse hecho Lucas Ceruera: y esto procede con mas llaneza, atento a que don Melchior sin embargo de auer tenido aquella executoria contra Bartolome Ceruera, ha consentido, que en este pleito se ventile y dispute la mesma question, assi en el hecho, como en el derecho, respondiẽdo a las alegaciones de doña Eugenia, y haziendo articulos, y presentando testigos, sobre lo mesmo con que (caso negado que la executoria ganada contra Bartolome Ceruera, lo pudiesse ser contra sus acreedores) fue visto renunciar el derecho de la dicha executoria: Innoc. *in cap. cum dilecta, in fin. gloss. magna de rescript. & in cap. fraternitatis, de frigid. & in cap. cum Bertoldus de re iud.* Felin. *in cap. quoniam contra falsam, de probat. num. 29. & 30.* Gregor. Lopez *in l. 13. tit. 22. p. 3. gloss. 2.* Surdus *cons. 160. num. 51. vol. 2. & cons. 360. num. 16. vol. 3.* Mohedan. *decis. 4. tit. de re iudicat*, Cancer. *lib. 3. variar, cap. 17. num 9.* Giurb. *decis. 14. num. 5.* Caualc. *cons. 150. num. 29 & 30. vol. 1.* Noguerol. *allegat. 12. num. 51.* Y sugetarse a que se juzgue y determine (como se deue hazer) de nueuo la misma question, sin atender a lo antes executoriado *Innoc. in dict. cap. cum dilecta, num 3. propè finem, vers. Si tamen contra aliquem, de rescriptis*: & clarius *in cap. fraternitatis, num 8. de frigid.* quod summè notandum asserit Scipio Rouit. *ad prag. Neapol. in rubrica de suspensione, & reuocatione gratiarum, num. 59. pag. mihi* 466. Noguerol. *vbi supra, num. 52.*

40 Vlteriùs, & vrgenter satis, aunque concedieramos, que Lucas Ceruera hizo gastos con que mejorò el dicho heredamiento, por la cantidad que en ello gastò, no pudiera tener accion, ni derecho contra Bartolome Ceruera; pues no se puede negar, que no la ay para cobrar lo gastado, scienter in solo alieno, quippè tunc expendens donare videtur, §. *cum in suo, vers. sed hoc casu, instit. de rerum diuisione*, ibi: *Sed hoc casu materiæ dominus proprietatem eius amittit, quia voluntate eius intelligitur esse alienata, vtique si non ignorabat se in alieno solo ædificare: l. 42. & 43. tit. 28. p. 3.* Menoch. *de præs. lib. 3. præsump. 32. num. 1.* Y aun en caso que con buena fee in solo ædificatum sit, vel planta posita in fundo alieno fuerit domino fundi adquiritur: nàm solo & fundo cedunt. *l. adeò, §. ex diuerso, & in §. si alienam, ff de adquirendo rerum dominio.* Y en qualquiera acontecimiento no pudiera tener el dicho Lucas Ceruera mas que vna accion personal negotiorum gestorum, q̃ es la que tienen todos aquellos que mejoran bienes agenos, sabiendo que lo son; quia censentur facere negotium domini rei melioratæ, *l. si pupilli, § sed & si quis ff de negot. gestis*, Gregor. *in l. 44. gloss. 2. tit. 28. p. 3.* Garcia *de expensis, cap. 7. num. 3.* Barbosa *in l. diuortio, §. fin. p. 2. num. 2. ff. solut. matrim.* La qual no puede competir con la que tiene doña Eugenia de Ceruera, por ser hypotecaria expressa ex conuentione dotali, *l. contrahitur. ff de pignoribus*, cum vulgatis; & tacita ex dispositione iuris, *l. vnica, §. & vt plerius. C. de rei vxor. act. § fuerat, instit. de actionibus, c. ex literis de pignoribus, l. 33. tit. 15. p. 5.* Y ser regular, que la hypotecaria siempre prefiere a la personal, aunque sea mas antigua, *l. eos, C. qui pot. l. rescriptũ. ff. de pactis, l. pro debito, C. de bonis, aut iudi.*

posi-

 370

*posi.l.*11.*tit.*14.*p.*5.Y esto procede con mas eminencia en la hypotecaria dotal, porque no solamente se prefiere a todas las personales preuilegiadas, aunque sean anteriores, sino tambien a las hypotecarias tacitas, & priores, *l assidius, C. qui potiores, d.l.*33.*partitæ.*

41 Y si quiere don Melchior, que la accion de Lucas Ceruera por los dichos gastos; y mejoras fuesse hypotecaria, fuera de que no lo puede fundar, se lo daremos de gracia, porque la hypoteca de doña Eugenia es por la dote de su madre, expressa y anterior en tiempo, a que fauorecio tanto el derecho, por las razones que pondera el Emperador *in d.l.assidius, C. qui potiores*, que le dio prelacion en los bienes de el marido, aun respecto de aquel que prestò su dinero ad reficienda bona, vel de nouo facienda, aut emenda, con hypoteca expressa; y aunque el gasto fuesse tal, que por el rota pignoris causa in saluo sit, de que es texto expresso, *in authen. quo iure vtatur, C qui potiores, & in authentico de æqualitate dotis, § his consequens*, docēt Afflictis *decis*, 306. Mantica *de tacitis & ambig. conuent. lib.* 11. *tit.* 23. *num* 7. *& tit.* 26. *num.* 17. Couarrub. *lib.* 1. *variar. cap.* 7. *à num.* 2. Moli. Theol. *de iust. disputat.* 438. señor don Iuan del Castillo, *lib.* 3. *controuer. cap.* 8. *num.* 27. señor Valençuela Velazquez *cons* 56. *in fin.* Thesaurus *lib.* 1. *quæst forensium. cap.* 71. *num.* 3. *&* 6. Anton. Gomez *in l.* 50. *Tauri, nu.* 59. Flores de Mena *variar. lib.* 1. *q.* 6. §. 3. *num.* 12. & ab hac resolutione, tanquam communi, non esse recedendum in iudicando, & consulēdo dixit Gaito *de credito cap.* 4. *quæsito* 11. *num* 1968. & in appendice eiusdem capitis *num.* 120. & ita decisum affirmat Cancerius *lib.* 1. *variar. cap.* 9 *num.* 6. & laté de hoc agendo idem tenet Marta *decis.* 11. *à num.* 22. & esse speciale dotis priuilegium affirmat Regens de Ponte *decis.* 34. *num.* 6. & apud nos de iure regio probatur apertè per textum *in l.* 29. *tit.* 13. *p.* 5. iunctis duabus præcedentibus. Y dize muy bien doña Eugenia, que aunque oy pidiera Lucas Ceruera su abuelo lo que se pretende auer gastado en el dicho heredamiento: y ponderara, q̃ por ello oy tiene mas valor, y que de otra suerte se huuiera perdido totalmente, lo excluyera con el priuilegio de prelacion de su accion dotal: y que lo mesmo se le deue conceder respecto de don Melchior, que compite con ella por cabeça de el dicho Lucas Ceruera, sin que pueda pretender mas derecho, ni mas priuilegiado, ex regula textus *in l. ex qua persona, ff. de reg. iuris*, exceptio enim, quę nocet authori, nocet etiam eius successori, *l. apud Celsum*, §. *de authoris, ff. de dolo malo*, Socin. *cons.* 13. *num*, 51. *vol.* 3. Surd. *cons.* 4. *num*, 5. *&* 6. & in expresso, quod creditor non posit habere plus iuris, quàm ipse debitor: docuit Rota Romana per Pacificum, *decis.* 43. Gratianus *discept*, 967. *num.* 16. & exinde docuere Angel. & Immola *in l. à diuo Pio*, §. *Suo quoque, ff. de re iudicata*: quod creditor conuenire debet debitorem sui debitoris in eadem forma, in qua debitor suo creditori obligatus est: secuntur Gutierrez *cons*, 19 *num.* 11. Sese *decis.* 123. *num*, 20, *&* 21, Noguerol. *allegat.* 4. *num.* 19.

42 Respondiose en Estrados por el Abogado de don Melchior, que lo dispuesto per textum *in dicta authentica, quo iure vtatur: & in dict. l.* 29, *partitæ*. no procede quando el que prestó, mejorò, o reparò vtitur iure retentionis aduersus vxorem, vel eius hæredes dotem exigentes: diziendo ser ansi opinion de Gaspar Thesauro *lib.* 1. *forensium*, *q.*

71\. Pero no se ajustaba bien la opinion de Thesauro a el caso de este pleito; porque Thesauro va hablando en caso que el que mejorò, reparò, o hizo de nueuo, posseia la cosa mejorada: & iure retentionis vtebatur aduersus creditorem anteriorem, sed non priuilegiatum, vt patet num. 6. ibi: *Et cum hac opinione transibat Senatus in casu retentionis, quando causa ageretur contra non priuilegiatum.* Y quando llega a tratar de este derecho de retencion respecto de la dote, non sine dubitatione loquitur. Et (quidquid ille sentiat, & indicasset Senatus ille) iuri consonantius est priuilegium dotis, de quo *in dict. auth. quo iure, & l. 29. partitæ*, procedere etiam aduersus possidentem, & iure retentionis vtentẽ, tũ quia prædicta iura indistinctè locuntur; sin separar el caso de posseer el mejorãte, o no poseer: y quãdo la ley no distingue, nec nos distinguere debemus, *l. de pretio. ff. de publicana* cũ vulgatis, tũ, quia no ay razõ fuerte q̃ obligue a q̃ el priuilegio q̃ el derecho dio a la dote, *propter infirmitatem muliebris naturæ & quia facile circumuentiones fiunt aduersus eas*, vt loquitur Imperator, *in dict. §. his consequens*, & propter bonum publicum, quod in dotium conseruatione consistit, vt potè quæ maximè conducunt ad liberorum procreationem, *l. 1. ff. solut. matrim.* pro quibus multa sunt inuenta priuilegia, teste Iustiniano *in d. l. assiduis*, se restringa y limitè solo porq̃ possea el que mejorò, vel proprijs pecuijs domum comparauit, aut fabricauit, seu reparauit; siendo ansi, que no admite tal limitacion la generalidad con que habla el Emperador *in dict. §. his consequens*, ibi: *Minui autem eis dotem nullo sinimus modo*, & in §. sequenti, ibi: *Alijs omnibus præualere mulierem secundum quod iam à nobis eis datum est priuilegium.* Nota verba, *nullo sinimus modo*. Et illa: *alijs omnibus*. De primis dixit Iason, quód sunt vniuersalia, negatiua, & prohibitiua, & excludentia omnem casum, *in l. 1. § sublata, num. 13. in 2. lectura, ff. ad Trebelianum, & in l. penul. num. 9. C. de transact.* & negare omnem potentiam dixit Menoch. *de recup. poss. remedio 14. num. 6.* & vtrumque sequitur pluribus laudatis Cenedo de dict. sing. 70. de secundis, scilicet *alijs omnibus*, dixit Parisius, quod cuncta includunt *cons. 90. num. 6. volum. 4.* Nata *cons. 63. num. 12. vol. 1.* Cenedo vbi supra, *sing. 25. n. 1.* y la razon es, quòd dictiones vniuersales non possunt restringi, etiã si materia sit odiosa, cum de sui propria significatione sint amplatiuæ: & in materia etiam restringibili, nunquam excluditur lata interpretatio, quæ ex proprietate verborum descendit, ex Rolando *cons. 54. num. 39. vol. 3.* Rebufo *in l. vnica not. 4. num. 17. C. de sententijs* qua generalitate vsus fuit Imperator sin embargo de que no ignoró quan fauorecidos estauan por derecho los que proprijs pecunijs fundum, vel domum emerunt, aut repararunt, seu de nouo ædificarunt: vt patet *in dict. §. his consequens*, ibi: *Nouimus & antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas præponere iuniores existentes ex priuilegijs à legibus datis quale est, quando aliquis proprijs pecunijs procurauerit nauem comparare, aut fabricare, aut reparare, aut domum forsan ædificare, aut etiam emi agrum, aut aliquid horum: in his enim omnibus priores existunt posteriores creditores, quarum pecunijs empta, aut renouata res est ijs, qui etiam multo antiquiores sunt.* Ni la razon fuerte que para ello huuo, quam assignat paulò infra, ibi: *Quoniam ex eorum substantia res adquisita est.* Quinimó auiendolo muy bien pensado, vt testatur idem Imperator, ibi:

Plurimum

Plurimum gitiur super his cogitantes non inuenimus mulierem iustè existentem cedere alicui tali priuilegio, estatuyô, vt si quis domum renouasset, aut etiam agrum emisset, non possit talia priuilegia mulieribus opponere: porq̃ le venciò la razon de el bien publico, propter quod leges tot sunt fauoribus dotem prosecutæ. Summa enim est ratio, quæ pro bono publico facit, adeò vt iuri ciuili contra rationẽ disputandi pro vtilitate communi multa recepta esse in numerabilibus rebus probari posse dixerit Consultus *in l. ita vulneatus, ff. ad l. Aquil.* exornant Nicolaus Balbi consilio suo proprosito post. deci. Octauiani Caquerani, *num.* 31. Ceuallus *q.* 906. *num.* 341. D. Valençuela *cons.* 99, Salgad. *de retent. bullar. cap.* 5. *à num.* 32. & in ore omniũ est illud *l.* 12. tabularum: *Salus reipublicæ suprema lex esto:* quæ cum loquitur cæteræ quantumuis naturales conticescunt, vt pluribus relatis dixit D. Valençuela vbi proximé, & cum publicæ vtilitatis ratio vrget ordinem non setuare ordo est, si credimus Nicolao Balbi *dict. num.* 31, & boni publici summam rationem semper habendam paobat textus *in l. iubemus, l,* 1. *C. de sacros. Eccles,* Doctores *in l,* 1, *per text, ibi, ff. sol, matr.* copiosè Marsilius *singul.* 531, Solorz. *de gube. Indi. lib.* 1, *cap.* 17. *num.* 13. Y esta razon tanto milita posseyendo el mejorante, o acreedor queprestó ad emendum fundum, vel domum, vel reparauit, aut de nouo ædificauit, como no posseyendo: ac per consequens eadem debet esse iuris dispositio, *l, illud, ff. ad l, Aquil,* vel red dat aduersarius disparitatis rationem iuribus, & authoritate fulsitam aliás enim si sine lege loquatur erubescendum ei necessum erit.

43 Præterquamquod, in præsenti sumus extra terminos prædictæ controuersiæ. Porque ni Lucas Ceruera posseyò el diche heredamiento, ni tuuo tal derecho de retencion; porque quien posseyò (como queda probado) antes y despues de la muerte de Lucas Ceruera, fue Bartolome de Ceruera su hijo: y en estos terminos el mesmo Thesauro confiessa que se decidio por aquel Senado en fauor de la muger, que repetia su dote cõtra el q̃ pretendia serle preferido por razon de mejoramientos, y no posseia. Audias obsecro Thesaurum num. 6, ibi: *Dictum fuit non posse secundum creditorem consequi ista meliorramenta in præiuditium vxoris, quæ habebat anteriorem hypothecam, & priuilegiatam, cum non esset is, qui meliorationes petebat in possessione domus, quæ præsupponebatur meliorata.*

44 Cõ que no se puede negar, que el discurso que emos hecho en este papel por la dicha doña Eugenia omnibus suis numeris constat, siquidem ponit gladium ad radicem de toda la insistencia que contra ella ha hecho en este pleito hon Melchior de Almansa.

Verùm pro coronide no puedo dejar de traer a la memoria quan perjudicial consequencia será para doña Eugenia, que don Melchior la vença en este articulo, por auer otros muchos acreedores de Lucas Cerbera su abuelo, que están esperando el sucesso de este pleito, para pedir prelacion en el dicho heredamiento por bienes de Lucas Ceruera su deudor, y estos son en tanta cantidad, que aun que el heredamiento va liera muchos ducados mas no sobrara para ella cosa alguna, quedando constituida en estrema necessidad, que no esperamos. Saluo en todo la dignissima censura de V, m, cuius auspicijs hæc omnia.

Lic, D, Diego de Cuellar
Velazquez

dum peregrinus [illegible] ... in ... [illegible]
... [illegible] ... ut supra [illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible]
oponerse [illegible] la [illegible] razon [illegible] ... [illegible]
legitimo [illegible] ... protecta. [illegible]
quæ pro bono publico [illegible] ... [illegible]
putandi pro estimatione [illegible] ... [illegible]
bus [illegible] probari posse [illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible] ... possessio-
[illegible] ... [illegible] ... Valen-
[illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible]
latissime D. Valençuela [illegible] ... publicæ utilitatis ra-
tio [illegible] ... Nicolas [illegible]
[illegible] ... et bono publico [illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible]
reparator [illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible] ... [illegible]
ficum [illegible] ... loquatur [illegible] ... et necessita-
tis.

Veritatem [illegible] quod, in [illegible] ... [illegible] prædicto-
[illegible] ... Porque [illegible] Ceruera [illegible] ... el dicho heredā- 43
miento [illegible] derecho de retencion; porque [illegible] posseyo (co-
mo queda prouado) antes y despues de la muerte de Lucas de Cerue-
ra su [illegible] de Ceruera su hijo: y en ellos [illegible]
[illegible] ... [illegible]
muger, y [illegible] dote contra el [illegible] ... por
razon de mejoramientos, y no [illegible]. Andias [illegible] ... [illegible]
num. 6 ibi: *Distum [illegible] ... [illegible]*
[illegible] ... [illegible]
[illegible] ... [illegible]
quæ præsupponebatur [illegible].

Cō que no se puede negar, que el derecho que [illegible] ... 44
te papel por la dicha doña Eugenia [illegible] ... [illegible],
siquidem ponit gladium ad [illegible] ... [illegible] que con-
tra ella ha hecho en este pleito don Melchor de [illegible].

Verum pro coronide no puedo dexar de traer a la memoria [illegible]
perjuicial consequencia [illegible] para doña Eugenia, que don Mel-
chor la venza en este articulo, por auer otros [illegible] acreedores
de Lucas de Ceruera su abuelo, que estan esperando el successo de este
pleito, para pedir prelaciones [illegible] el dicho heredamiento por bienes
de Lucas de Ceruera su deudor, y esto [illegible] en tanta cantidad, que aun
que el heredamiento [illegible] ... no se [illegible]
ella cosa alguna, quedando constituida en [illegible] ... que
no esperamos. Saluo en todo la [illegible] ... [illegible]
aufpicijs hæc omnia.

Lic. D. Diego de [illegible]
[illegible]